

Richter am OLG Professor Dr. Ingo Koller, Regensburg

Das Haftungsprivileg des Geschäftsbesorgers gem. §§ 664 Abs. 1 Satz 2, 675 BGB

Zur Wirksamkeit der Nr. 9 AGB-Banken

*In vielen AGB – z. B. in Nr. 9 AGB-Banken – zeichnen sich die Verwender für selbständig tätige Dritte, die sie zur Erledigung des Auftrags eingeschaltet haben, in mehr oder minder großem Umfang frei. Diese Freizeichnungsklauseln werden mit § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB legitimiert, einer Vorschrift, die im Gegensatz zu § 278 BGB die Haftung des Schuldners bei Einschaltung Dritter auf culpa in eligendo begrenzt. Allerdings bedürfen sowohl ratio als auch Tragweite dieser Vorschrift der Klärung.*

I. Problem

Gem. § 278 BGB hat der Schuldner für ein Verschulden von Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, ohne Rücksicht auf persönliche Vorwerfbarkeit einzustehen. Er haftet mithin verschuldensunabhängig. Dabei haftet er nicht nur für Personen, die zu ihm in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis stehen, sondern anerkanntermaßen auch für selbständige Unternehmen.<sup>1)</sup> Diese Regel wird durch § 432 Abs. 1 HGB bestätigt, der eine Haftung für den selbständigen Unterfrachtführer anordnet. Vor diesem Hintergrund enthält § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB eine klare Privilegierung: Der Auftragnehmer, der die Ausführung des von ihm übernommenen Geschäfts auf einen selbständigen Dritten überträgt, haftet nur für eigenes Verschulden. Gem. § 664 Abs. 1 Satz 3 BGB soll die verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners nur dort Platz greifen, wo Gehilfen eingeschaltet worden sind.

Man könnte sich damit beruhigen, diese Privilegierung als Besonderheit des wirtschaftlich unbedeutenden Auftrags einzuordnen, wenn sich nicht die Frage stellen würde, ob diese Privilegierung auch für die wirtschaftlich höchst bedeutsamen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge gilt. § 675 BGB, der mit zwei Ausnahmen auf sämtliche Normen des Auftragsrechts verweist, erwähnt nicht den § 664 BGB. Es liegt daher nahe, einen Umkehrschluß dahin zu ziehen, daß sich der Geschäftsbesorger

wie ein normaler Dienstnehmer oder Werkunternehmer behandeln lassen muß und für Dritte aller Art immer nach § 278 BGB haftet. Dieser Umkehrschluß hätte weitreichende Konsequenzen für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen; denn dann würde z. B. Nr. 9 AGB-Banken eindeutig gegen die §§ 9, 11 Nr. 7 AGBG verstoßen. Auf den ersten Blick liegt es jedoch ebenso nahe, die Privilegierung des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB im Wege der Analogie auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge auszudehnen. Im folgenden wird gezeigt, daß die ratio des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB für eine differenzierende Lösung spricht.

II. Stand von Rechtsprechung und Literatur

1. Rechtsprechung

Das RG hatte im 78. Band<sup>2)</sup> § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB aus der Natur der Sache heraus auf Geschäftsbesorgungsverträge angewandt. Im 161. Band<sup>3)</sup> zog das RG dann aber wieder den Umkehrschluß, um im 163. Band<sup>4)</sup> zu einer Analogie zu § 664 Abs. 1 BGB zurückzukehren.

Der BGH<sup>5)</sup> schloß sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1952 der vom RG im 78. Band entwickelten Linie an, allerdings ohne eigenständige Begründung.

2. Literatur

Das Schwanken der Rechtsprechung spiegelt sich in den Ansichten der Literatur wider. Zum Teil wird es schlechthin abgelehnt, § 664 BGB auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge ent-

1) BGHZ 62, 124; Palandt/Heinrichs, BGB, 44. Aufl., § 278 Anm. 3 a m. w. N.  
2) RGZ 78, 310, 313; ebenso RGZ 109, 229.  
3) RGZ 161, 68, 70.  
4) RGZ 163, 377.  
5) BGH LM BGB § 664 Nr. 1.

sprechend anzuwenden.<sup>6)</sup> Die herrschende Meinung<sup>7)</sup> befürwortet zwar grundsätzlich eine Analogie, macht jedoch auch Einschränkungen, wie z. B. die Voraussetzung eines engen persönlichen Vertrauensverhältnisses.<sup>8)</sup> Zuletzt hat sich *v. Gablenz*<sup>9)</sup> in seiner Monographie „Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter“ eindrucksvoll mit diesem Fragenkreis auseinandergesetzt und die Diskussion ein wesentliches Stück vorangebracht. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß § 664 Abs. 1 BGB auf die Einschaltung selbständig tätig werdender Dritter durch Geschäftsbesorger i. S. d. § 675 BGB ohne Rücksicht darauf angewandt werden sollte, ob der Auftrag voll übertragen wird, ob der Dritte Vertretungsmacht erhält oder ob der Dritte auf eigene Verantwortung tätig wird. Allerdings scheint seine Argumentation nicht ganz schlüssig zu sein; sie bedarf der Ergänzung, seine Ergebnisse bedürfen der Randkorrektur.

### III. Die ratio des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB

#### 1. Unentgeltlichkeit

Auf den ersten Blick liegt es nahe, die ratio des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB aus der Unentgeltlichkeit der Auftrags erledigung abzuleiten: Der Schuldner soll zumindest bei einer Übertragung des Auftrags an einen selbständigen Dritten nicht für ein Verschulden des Dritten haften müssen, weil die Übertragung mit Zustimmung des Auftraggebers erfolgt ist, der Einfluß auf die Aktivitäten des selbständigen Dritten äußerst gering ist und weil dem Schuldner angesichts der Unentgeltlichkeit ein erhöhtes Haftungsrisiko nicht zumutbar ist. Damit könnte auch ohne weiteres erklärt werden, daß § 664 BGB in dem entgeltliche Geschäfte regelnden § 675 BGB nicht erwähnt ist. Die Entstehungsgeschichte der §§ 664, 675 BGB weist zwar nicht in diese Richtung; es finden sich jedoch in den Materialien auch keine Anhaltspunkte, die der Annahme, die Unentgeltlichkeit habe die Privilegierung ausgelöst, entgegenstehen.<sup>10)</sup>

*v. Gablenz*<sup>11)</sup> vertritt hingegen die Auffassung, daß § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht im Licht der Unentgeltlichkeit des Auftragsverhältnisses zu sehen sei. Er stützt sich dabei auf die §§ 2218, 27 Abs. 3, 713 BGB, in denen auf § 664 BGB verwiesen werde, obwohl der Testamentsvollstrecker entgeltlich tätig werde (§ 2221 BGB) und Vorstandsmitgliedern sowie Geschäftsführern einer BGB-Gesellschaft eine Vergütung gezahlt werden könne. Außerdem führt er die Parallelvorschrift des § 691 BGB ins Feld, die die gleiche Privilegierung vorsehe, obwohl die Verwahrung ebenfalls durchaus entgeltlich erfolgen könne (§ 689 BGB).

Diese Argumente halten einer Kritik nur in beschränktem Umfang stand. Bei der BGB-Gesellschaft und dem Verein geht das Gesetz kraft dispositiven Rechts davon aus, daß unentgeltlich gearbeitet wird. Bei der wirtschaftlich bedeutenden Form der Verwahrung, dem Wertpapierdepot, gilt gem. § 3 Abs. 2 DepotG eine von § 691 BGB abweichende Regel. Beim Lagerhaltervertrag, der anderen praktisch wichtigen Variante der entgeltlichen Verwahrung, ist es äußerst zweifelhaft, ob § 691 BGB analog angewandt werden kann.<sup>12)</sup> Vor allem aber erscheint es zwar angemessen, einem Auftragnehmer, der sich z. B. verpflichtet hat, ein Zimmer unentgeltlich auszumalen, dann aber krank wird und mit Zustimmung des Auftraggebers einen Substituten einschaltet, nur für culpa in eligendo haften zu lassen. Unangemessen

wäre es jedoch, das gleiche Haftungsprivileg einem Malermeister zukommen zu lassen, der gegen Entgelt arbeitet.<sup>13)</sup> Dieses Beispiel zeigt deutlich, daß dort, wo der Auftrag das unentgeltliche Pendant zu einem normalen Dienst- oder Werkvertrag ist, die Haftungsprivilegierung sehr wohl auf der Unentgeltlichkeit beruht. Der Auftragnehmer muß nämlich immer damit rechnen, daß ihm bei der Erledigung des Auftrags ein Fehler unterläuft. Seine eigene Fehlerquote und die seiner Gehilfen kann er noch relativ gut kalkulieren und steuern.<sup>14)</sup> Hingegen ist die Kalkulation der Fehlerquote selbständiger Dritter und die Beurteilung ihrer Solvenz unter dem Aspekt eines Rückgriffs mit erheblichen Risiken verbunden; Steuerungsmöglichkeiten fehlen insoweit vollständig. Der Auftragnehmer ist auch nicht in der Lage, das erhöhte Risiko in das Entgelt einzukalkulieren. All dies spricht für ein Haftungsprivileg bei unentgeltlichen Geschäften. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß bei spezifischen Geschäftsbesorgungsverhältnissen die Frage nach der ratio legis genauso ausfallen muß. Vielmehr kann sich durchaus ergeben, daß die *Besonderheiten der Interessenwahrung*<sup>15)</sup> ein Haftungsprivileg ohne Rücksicht auf das Fehlen einer Vergütung rechtfertigen.

#### 2. Die Erlaubnis der Substitution

Es ist nun keine Besonderheit der Interessenwahrung, daß das Haftungsprivileg an die Erlaubnis einer Substitution (§ 664 Abs. 1 Satz 2 BGB) anknüpft. Die Notwendigkeit einer Gestattung der Substitution soll primär sicherstellen, daß der Auftraggeber nicht mit einem Substituten konfrontiert wird, dessen Fähigkeiten zur Wahrung seiner Interessen er nicht kennt. Hat er die Substitution gestattet, weil er davon ausgeht, daß der Dritte sich ebenso gut wie der Auftragnehmer für seine Interessen einsetzen wird, so folgt daraus aber noch nicht, daß der Auftraggeber weitgehend auf Ansprüche gegen seinen Vertragspartner „verzichten“ und faktisch ein möglicherweise erhöhtes Risiko einer Insolvenz des Substituten hinnehmen will.<sup>16)</sup> Dies ergibt

6) *Steffen*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl., § 675 Rz. 26, § 664 Rz. 12; *Erman/Battes*, BGB, 7. Aufl., § 278 Rz. 26; *Erman/Hauß*, aaO, § 664 Rz. 7; MünchKomm-Ha-nau, BGB, 2. Aufl., § 278 Rz. 16; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 1), § 278 Anm. 3 c; *Staudinger/Löwisch*, BGB, 12. Aufl., § 278 Rz. 15; *Metzler*, AcP 159 (1960/61), 143, 156; *Bernstorff*, NJW 1952, 731.

7) *Staudinger/Wittmann* (Fußn. 6), § 675 Rz. 8; *Soergel/Mühl*, BGB, 11. Aufl., § 664 Rz. 4; *Palandt/Thomas* (Fußn. 1), § 664 Anm. 4; *Larenz*, Schuldrecht II, 12. Aufl., S. 344; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II, 6. Aufl., S. 280; differenzierend MünchKomm-Seiler, BGB, 1. Aufl., § 675 Rz. 13; *v. Gablenz*, Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter, 1983, S. 78 m. w. N.

8) *Palandt/Thomas* (Fußn. 1), § 664 Anm. 4.

9) *v. Gablenz* (Fußn. 7).

10) Dazu eingehend *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 80 ff.

11) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 87 ff.

12) *Koller*, GroßKomm. HGB, 3. Aufl., § 416 Rz. 22, 31.

13) OLG Hamm NJW 1974, 1090; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 1), § 278 Anm. 3 c.

14) Vgl. *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 386 ff.

15) Es wird hierbei davon ausgegangen, daß der Auftrag (§§ 662 ff BGB) zwei Vertragstypen zusammenfaßt: die Geschäftsbesorgung (dazu bei Fußn. 27), die ihr entgeltliches Korrelat in dem § 675 BGB hat, und die unentgeltliche Verpflichtung zu Diensten bzw. Herbeiführung eines Erfolgs, deren Korrelat die §§ 611 ff, 631 ff BGB sind (*Soergel/Mühl* (Fußn. 7), vor § 662 Rz. 1 m. N.).

16) So aber wohl *Larenz* (Fußn. 7), S. 344.

sich aus § 613 BGB, wo der Verzicht auf die höchstpersönliche Erledigung der Dienstpflichten zu keinem Haftungsprivileg führt.<sup>17)</sup>

3. Eigene Rückgriffsmöglichkeit gegen den Dritten

Die ratio des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB kann ferner auch nicht daraus abgeleitet werden, daß der Auftraggeber im Falle eines Schadens mit Hilfe des Instituts der Drittschadensliquidation auf den Substituten durchzugreifen vermag.<sup>18)</sup> Mit dem gleichen Argument könnte man nämlich auch § 278 BGB für überflüssig erklären; denn es ist evident, daß man in weitem Umfang die Figur der Drittschadensliquidation einsetzen würde, wenn es den § 278 BGB nicht gäbe. Hinzu kommt, daß der Auftraggeber durchaus ein Interesse an einer eigenen Haftung des Auftragnehmers besitzt, weil er im Hinblick auf den Dritten, mit dem er häufig vorher nur geringen Kontakt hatte, ein erheblich gesteigertes Solvenz- und Kostenrisiko läuft. Um dies zu vermeiden, wird ja § 278 BGB auch auf unternehmerisch tätige Erfüllungsgehilfen angewandt. § 432 Abs. 1 HGB schreibt dies für das Frachtrecht ausdrücklich vor. § 651 h BGB weist nur in beschränktem Umfang in die entgegengesetzte Richtung, da er lediglich eine Ausnahme von zwingendem Recht statuiert, nicht aber ein Haftungsprivileg begründet.<sup>19)</sup>

4. Differentialdiagnose § 278 BGB – § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB

Entscheidend ist daher, wie *v. Gablenz*<sup>20)</sup> richtig erkannt hat, eine Differentialdiagnose zwischen § 278 BGB einerseits und § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB andererseits. Dabei gerät man freilich leicht in die Gefahr eines Zirkelschlusses; denn die ratio des § 278 BGB ist keineswegs klar, und je nachdem, welche ratio man dem § 278 BGB unterlegt, werden die Ergebnisse in die eine oder in die andere Richtung weisen.

4.1 Interessenlage

*v. Gablenz*<sup>21)</sup> geht davon aus, daß § 278 BGB auf dem Gedanken beruhe: wer Vorteile aus der Arbeitsteilung ziehe, solle auch das daraus resultierende Risiko auf sich nehmen. Die Einschaltung von Erfüllungsgehilfen erfolge im Interesse des Schuldners und somit auf dessen Gefahr. Bei der Geschäftsbesorgung – auch bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung – werde der Geschäftsbesorger jedoch im Interesse des Geschäftsherrn tätig: So seien alle Vorteile, die bei der Ausführung des Auftrags erlangt werden (§ 667 BGB)<sup>22)</sup>, an den Geschäftsherrn herauszugeben. Der Geschäftsherr habe auch nur deshalb die Erlaubnis zur Substitution des Geschäfts gegeben, weil sie letztlich seinen Interessen dienlich sei.<sup>23)</sup> Der Geschäftsherr müsse deshalb als Veranlasser und Nutznießer das sich aus der Geschäftsführung ergebende Risiko selbst tragen.<sup>24)</sup> Dies ergebe sich auch aus § 670 BGB, auf den § 675 BGB – anders als auf § 664 BGB – ausdrücklich verweise.

4.2 Kritik

Das Bild vom eigenen und fremden Interesse führt leicht in die Irre; denn es kann einmal auf das Motiv des Tätigwerdens des Schuldners, ferner auf den Nutzen für den Gläubiger und schließlich auf die für den Schuldner geltenden Leistungsbrin-

gungsmaximen bezogen werden. Soweit es um das Motiv des Schuldners geht, dürfte evident sein, daß der Auftragnehmer typischerweise nicht ausschließlich im Interesse des Auftraggebers Substituten einschaltet, sondern auch daran denken wird, daß er auf diese Weise selbst nur in geringerem Umfang unentgeltlich tätig zu werden braucht. Deutlicher wird dies noch bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung, wo die Einschaltung Dritter den Geschäftsbesorger häufig erst in die Lage versetzt, seine Vergütung zu verdienen.<sup>25)</sup> Auch umgekehrt ist die These, daß bei normalen Austauschverträgen die Arbeitsteilung allein im Interesse des Schuldners liege, weshalb dort immer § 278 BGB zum Tragen komme, nur begrenzt richtig. Die Arbeitsteilung nützt nämlich auch beim normalen Austauschvertrag, wie z. B. dem Werklieferungsvertrag, dem Gläubiger, da die Arbeitsteilung wesentliche Produktionsvorteile ermöglicht, die dem Gläubiger auf einem unter Wettbewerbsdruck stehenden Markt niedrigere Entgelte sichert. So werden z. B. Generalunternehmer durchaus auch im Interesse der Besteller tätig, ohne daß man daraus den Schluß gezogen hätte, daß Generalunternehmer nicht gem. § 278 BGB für ihre Subunternehmen einzustehen hätten.<sup>26)</sup>

4.3 Besonderheiten der Geschäftsbesorgung

Es bleibt somit nur das Argument, daß der Geschäftsbesorger fremde Interessen wahrnehme. Allerdings ist sehr strittig, in welchem Ausmaß dieses Kriterium die entgeltliche und unentgeltliche Geschäftsbesorgung charakterisiert. *Larenz*<sup>27)</sup> begreift z. B. das Geschäftsbesorgungsverhältnis i. S. d. § 675 BGB als Typus, der durch die Indizien „Treuhand“, „enges Vertrauensverhältnis“, „Diskretion“, „Vermögensdisposition für den Auftraggeber“ gekennzeichnet werde. All dies sind wichtige Indizien, doch lassen sie die ausschlaggebende Besonderheit der Geschäftsbesorgung nicht klar genug hervortreten.

Die Besonderheit der Geschäftsbesorgung springt dann ins Auge, wenn man sich die Frage stellt, warum beim normalen Werkvertrag der Unternehmer ohne Rücksicht auf Verschulden das Risiko eines nutzlosen Aufwandes trägt (z. B. eine zur Erledigung des Auftrags gemachte Reise bleibt ohne Erfolg), während der Geschäftsbesorger gem. §§ 670, 675 BGB die Kosten nutzlosen Aufwandes grundsätzlich auf den Geschäftsherrn abwälzen darf<sup>28)</sup>; dies auch dort, wo der Geschäftsbesorger sich erfolgsabhängig verpflichtet hatte (§ 675 i. V. m. § 631 BGB). Der tiefere

17) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 133 ff.

18) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 137 ff.

19) Dies berücksichtigt *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 143 f, zu wenig.

20) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 146 ff.

21) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 146 f.

22) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 147.

23) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 148.

24) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 160.

25) Unter Umständen lassen sich bestimmte Geschäfte zu Kosten, die Nachfrager zu tragen bereit sind, nur im Wege der Arbeitsteilung erledigen. Beispiel: Bankgeschäfte, bei denen der Ausbau des Filialnetzes viel zu teuer wäre.

26) OLG Hamm NJW 1974, 1090; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 1), § 278 Anm. 3 c.

27) *Larenz* (Fußn. 7), S. 342 f; *Soergel/Mühl* (Fußn. 7), § 675 Rz. 1.

28) § 670 BGB stellt darauf ab, ob der Auftragnehmer die Aufwendungen ohne Verschulden für erforderlich gehalten hat, RGZ 149, 205; *Palandt/Thomas* (Fußn. 1), § 670 Anm. 2 c.

Grund für diese Divergenz kann meines Erachtens nur in dem Umstand gesehen werden, daß der vom normalen Werkunternehmer versprochene Erfolg so exakt definiert ist, daß ex post anhand objektiver Maßstäbe weitgehend kontrolliert werden kann, ob der Erfolg erreicht wurde oder nicht. Anders ausgedrückt: beim normalen Werkvertrag legen die Parteien den Erfolg so genau fest, daß dem Werkunternehmer kein wesentlicher Spielraum bei der näheren Ausgestaltung des Leistungsziels verbleibt. Anders ist es bei den typischen Geschäftsbesorgungsverhältnissen, wie der Kommission (§§ 383 ff HGB) als gesetzlich geregeltem Fall einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung. Dort besitzt der Geschäftsbesorger normalerweise erhebliche Spielräume, z. B. wenn er „bestens“ kaufen oder verkaufen soll. Was nach Marktlage „bestens“ ist, ob zuzuwarten ist oder nicht, hat der Geschäftsbesorger eigenverantwortlich zu entscheiden. Diese Spielräume darf der Geschäftsbesorger natürlich nicht nach eigenem Interesse ausfüllen. Vielmehr hat er die Pflicht, sich in die Lage des Geschäftsherrn, in dessen Interessen hineinzusetzen und entsprechend zu handeln.<sup>29)</sup> Unter diesem Aspekt gewinnt daher auch die Formel von der Wahrnehmung fremder Interessen ein Gewicht, das den Geschäftsbesorgungsvertrag von sonstigen Austauschverträgen abhebt. Die Wahrnehmung fremder Interessen eröffnet weite Beurteilungsspielräume, die in großem Umfang unkontrollierbar sind, da es ja nicht um die realen Interessen des Geschäftsherrn, sondern um die subjektive Einfühlung in hypothetische, häufig auch in der Person des Geschäftsherrn konfligierende Interessen geht.<sup>30)</sup> Jedes Ergebnis der „Einfühlung“ kann daher innerhalb eines bestimmten Rahmens nur als vertretbar bezeichnet werden.

Daraus resultieren besondere Gefahren.<sup>31)</sup> Da Geschäftsbesorger über die Einfühlung in fremde Interessen auch ihr Eigeninteresse nicht vergessen werden, besteht immer die Gefahr, daß sie denjenigen Erfolg anstreben, der zwar noch vertretbar ist, der für sie aber mit den geringsten „Belastungen“ verbunden ist. Zu diesen „Belastungen“ zählt der zur Erzielung des Erfolgs nötige Aufwand, insbesondere aber auch die Gefahr, daß sich der Aufwand als nutzlos erweist. § 670 BGB befreit daher sinnvollerweise auch den gegen Vergütung tätig werdenden Geschäftsbesorger von der Notwendigkeit, die Höhe des Aufwandes in sein persönliches Kalkül einzustellen, und motiviert ihn so, unbeeinflusst von gravierenden Eigeninteressen das im Interesse des Geschäftsherrn liegende optimale Resultat anzustreben.<sup>32)</sup>

#### 4.4 Zweck des Haftungsprivilegs

Von diesem Ausgangspunkt aus wird auch das Haftungsprivileg des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB verständlich.

Die Haftung für ein Verschulden selbständiger Dritter, die der Schuldner nicht zu steuern und intensiv zu überwachen vermag, ist ohnehin eine prekäre Angelegenheit, weil die Haftung des Schuldners ohne Rücksicht auf die eigenen Beherrschungsmöglichkeiten erfolgt. Immerhin könnte der Schuldner Rückgriff beim schuldhaft handelnden Dritten nehmen und die dabei auftauchenden Kosten- und Insolvenzrisiken bei der Bemessung der Vergütung des Dritten einkalkulieren. Gerade diese Möglichkeit kann aber, wie von Vertretern der Economic Analysis<sup>33)</sup> einleuchtend herausgearbeitet worden ist, die Zahl der vermeid-

baren Fehler vermehren. Der Dritte, der Risikoabschläge hinnehmen muß, wird nämlich – falls er wirtschaftlich schwach ist – allzu leicht geneigt sein, „va banque“ zu spielen und die erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen zu vernachlässigen, weil er sie nicht zu bezahlen vermag.

Der Geschäftsbesorger, der gem. § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen erhält, kann zwar darauf verzichten, das Entgelt des Dritten zu drücken. Dadurch wird aber das Sorgfaltsniveau beim Dritten nicht wesentlich erhöht, weil all die anderen Auftraggeber des Dritten, die auf eigene Rechnung handeln, das Risiko durchaus einkalkulieren werden und damit das Preis- und Sorgfaltsniveau bestimmen werden. Der Geschäftsbesorger sähe sich daher bei einer Einstandspflicht für selbständige Dritte häufig in der Gefahr, sich ein schwer überschaubares Insolvenzrisiko aufzubürden. Er könnte diesem Risiko allerdings ausweichen, indem er nur evident solvente Dritte einschaltet. Hier beginnt die Gefahr des Mißbrauchs des Ermessensspielraums. Es liegt nämlich nahe, daß der Geschäftsbesorger, der selbst für Dritte haftet, nur allzuoft im Rahmen seines Ermessensspielraumes diejenige Erfolgsalternative bevorzugen wird, bei der er ohne Substituten auskommt, oder, wenn er schon Substituten einschalten muß, diejenigen Substituten auswählt, die zwar zu Lasten des Geschäftsherrn (§ 670 BGB) unverhältnismäßig teurer, aber dafür im Falle eines Rückgriffs mit Sicherheit solvent sind. Mit anderen Worten: der Geschäftsbesorger würde geneigt sein, sich bei der Wahl der Substituten primär von seinen Interessen anstatt von den Interessen des Geschäftsherrn leiten zu lassen. Dies zu verhindern ist Aufgabe des Haftungsprivilegs des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB.

### IV. Folgerungen für die Reichweite des Haftungsprivilegs

#### 1. Die analoge Anwendbarkeit des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 675 BGB

Die enge Verwandtschaft zwischen der ratio des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB und der des § 670 BGB, den § 675 BGB ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt, spricht eindringlich dafür, § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des § 675 BGB analog heranzuziehen. Die Gefahr eines Interessenkonflikts bei Einschaltung Dritter wird nicht dadurch entschärft, daß der Geschäftsbesorger, anstatt unentgeltlich tätig zu werden, ein Entgelt erhält, in das er das Insolvenzrisiko der von ihm einzuschaltenden Substituten einkalkulieren könnte; denn es liegt immer nahe, daß der Geschäftsbesorger nach Vertragsschluß geneigt sein könnte, die Risikoprämie in die eigene Tasche zu stecken und nur unverhältnismäßig teure, aber solvente Dritte zu beauftragen.

29) Erman/Seiler (Fußn. 6), § 675 Rz. 1; Esser/Weyers (Fußn. 7), S. 274; Staudinger/Wittmann (Fußn. 6), § 675 Rz. 4, 6.

30) Vgl. § 665 BGB; dazu Staudinger/Wittmann (Fußn. 6), § 665 Rz. 11; Palandt/Thomas (Fußn. 1), § 665 Rz. 1.

31) Diese Gefahren fehlen natürlich, soweit der Auftragnehmer unentgeltlich klar definierte Handlungen zu erbringen hat. Insoweit ist § 670 BGB ein Korrelat der Unentgeltlichkeit. Soweit der Auftragnehmer aber Aufträge mit erheblichem Gestaltungsspielraum zu erledigen hat, kommt auch der Faktor „Anreiz zur Interessenwahrung“ zum Tragen. Dieser Faktor wird dort allein maßgeblich, wo der Geschäftsbesorger ein Entgelt erhält (§ 675 BGB).

32) Koller, BB 1979, 1725, 1726 f.

33) An Efficiency Analysis of Vicarious Liability under the Law of Agents, 91 Yale Law Journal 1981, 168, 186 ff.

Sicherlich schaltet das Haftungsprivileg bei entgeltlichen Verträgen nicht gänzlich die Gefahr interessenfremden Handelns aus; denn der Geschäftsbesorger, der im Rahmen eines Werkvertrages (§ 675 i. V. m. § 631 BGB) tätig wird, wird bei seinen Auswahlentscheidungen das Risiko eines Verlustes seines Entgelts (§ 323 BGB) mitberücksichtigen. Allerdings fällt diese Gefahr nicht so schwer ins Gewicht wie die Gefahr, daß bestimmte Substitute übermäßig bevorzugt werden. Zum einen spielt nämlich der Faktor „Entgeltverlust“ keine so gravierende Rolle; zum anderen laufen hier die Interessen von Geschäftsbesorger und Geschäftsherrn weitgehend parallel: Beide sind daran interessiert, daß ein zuverlässiger Substitut beauftragt wird. Es bleibt daher nur die Gefahr, daß der Geschäftsbesorger im Interesse seines Verdienstes einen zwar sehr zuverlässigen, aber unverhältnismäßig teuren Substituten auswählt. Diese Gefahr läßt sich nur dadurch vermeiden, daß auf eine erfolgsabhängige Vergütung verzichtet wird. Jedenfalls mindert sich aber für den Geschäftsherrn die Gefahr, sich mit Schadensersatzprozessen herumplagen zu müssen.

2. Der Begriff des Dritten i. S. d. § 664 Abs. 1 BGB

2.1 Tätigkeit außerhalb des unmittelbaren Einfluß- und Überwachungsbereichs des Geschäftsbesorgers

Festzuhalten ist zunächst, daß der Dritte i. S. d. § 664 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB außerhalb des unmittelbaren Einfluß- und Überwachungsbereichs des Geschäftsbesorgers tätig wird.<sup>34)</sup> Nur so gewinnt der Unterschied zwischen § 664 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BGB einen Sinn. Allein diese Auslegung trägt der Tatsache Rechnung, daß der Geschäftsbesorger von Risiken entlastet werden soll, die ihn in besonders intensivem Ausmaß Interessenkonflikten aussetzen. Für diese Auslegung spricht auch die Parallele zu § 670 BGB. Für den Einsatz seines Personals kann der Geschäftsbesorger keinen Aufwendungsersatz verlangen.<sup>35)</sup>

2.2 Keine Schuldübernahme

§ 664 Abs. 1 Satz 2 BGB stellt keine Variante einer Schuldübernahme dar.<sup>36)</sup> § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB soll vielmehr gerade dort eingreifen, wo der Schuldner in vollem Umfang Schuldner geblieben ist, sich aber mit Erlaubnis des Geschäftsherrn zur Erfüllung seiner Pflichten eines Dritten bedient hat. Ebenso kommt § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB natürlich auch dort nicht zum Tragen, wo sich die Vertragspflichten bzw. der geschuldete Erfolg von vornherein darauf beschränkt hat, Dritte zu beauftragen, die Tätigkeit des Dritten also nicht vom Leistungsprogramm des Schuldners umfaßt wurde.<sup>37)</sup>

2.3 Untaugliche Kriterien

In der Literatur werden vielfach in mancherlei Variationen<sup>38)</sup> die Begriffe „volle Übertragung“ und „Übertragung zur eigenen Verantwortung des Dritten“<sup>39)</sup> benutzt, um den Kreis der Dritten i. S. d. § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB einzuschränken. *v. Gablenz*<sup>40)</sup> hat hier überzeugend nachgewiesen, daß diese Kriterien zu Wertungswidersprüchen führen und daher untauglich sind. Seine Ausführungen könnte man dadurch ergänzen, daß bei der Vollübertragung zwar in besonderem Maße die Gefahr des Ermes-

sensmißbrauchs besteht, daß diese Gefahr aber auch bei Teilübertragungen nicht zu vernachlässigen ist. Die Anknüpfung an die „eigene Verantwortung“<sup>41)</sup> ist undeutlich, da nicht klar wird, auf wessen Verantwortung es ankommt. Denkbar wäre es, auf die Übertragung des für die Geschäftsbesorgung charakteristischen Ermessensspielraums zu blicken.<sup>42)</sup> Dieser Aspekt ist aber primär dort von Bedeutung, wo das „Ob“ der Substitution geregelt ist, d. h. im Rahmen des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB. Aus der Gestattung der Substitution folgt jedoch nicht notwendig das Haftungsprivileg des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Haftungsprivileg erfüllt vielmehr eine selbständige Funktion, nämlich die Minderung des Anreizes des Geschäftsbesorgers zu Ermessensmißbräuchen. Das Haftungsprivileg muß daher auch dort eingreifen, wo der Geschäftsbesorger selbständige Dritte im Rahmen normaler Dienst- oder Werkverträge beauftragt, die Dritten also keinen eigenen Verantwortungsspielraum besitzen.<sup>43)</sup>

2.4 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis läßt sich mithin festhalten, daß als Dritter i. S. d. § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB jede selbständig tätige Person zu qualifizieren ist, die im Rahmen der Verpflichtung des Geschäftsbesorgers tätig wird, unabhängig davon, ob sie dessen Verpflichtungen voll oder teilweise, ob mit oder ohne Ermessensspielraum erfüllt. Zwei Einschränkungen sind anzubringen:

2.4.1 Beauftragung Dritter auf eigene Rechnung

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus greift § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB bei der Geschäftsbesorgung nur dort ein, wo der Geschäftsbesorger Dritte auf fremde Rechnung einsetzt. Beauftragt der Geschäftsbesorger vertragsgemäß den Dritten auf eigene Rechnung, kommt also § 670 BGB nicht zum Tragen, so ist der Geschäftsherr ohnehin mit der Gefahr eines erheblichen Ermessensmißbrauchs konfrontiert; denn jeder Geschäftsbesorger wird dazu neigen, sich weniger an den Interessen des Geschäftsherrn als vielmehr an der Minimierung seiner eigenen Kosten zu orientieren. Er wird daher dazu neigen, den „billigsten“ Dritten zu nehmen; dies erst recht, wenn er wüßte, daß er das Schadensrisiko über § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Geschäftsherrn abwälzen darf. Die Haftung gem. § 278 BGB stellt daher gerade bei Geschäftsbesorgungsverträgen, bei denen für die Einschaltung und Auswahl des Dritten ein Ermessensspiel-

34) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 103 ff.; *Staudinger/Wittmann* (Fußn. 6), § 664 Rz. 1 f.; *Soergel/Mühl* (Fußn. 7), § 664 Rz. 2; *Erman/Seiler* (Fußn. 6), § 664 Rz. 5.

35) Allgemeine Geschäftskosten: *Erman/Seiler* (Fußn. 6), § 670 Rz. 2; *Staudinger/Wittmann* (Fußn. 6), § 670 Rz. 6 f.

36) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 109 ff.; denn sonst wäre § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB überflüssig.

37) Dann braucht der Geschäftsbesorger für den Dritten natürlich auch nicht gem. § 278 BGB zu haften.

38) *Palandt/Thomas* (Fußn. 1), § 664 Anm. 1; *Steffen* (Fußn. 6), § 664 Rz. 6; *Metzler*, AcP 159 (1960/61), 143, 146 f.; *Soergel/Mühl* (Fußn. 7), § 664 Rz. 2.

39) *Staudinger/Wittmann* (Fußn. 6), § 664 Rz. 1; *Erman/Seiler* (Fußn. 6), § 664 Rz. 1.

40) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 112 ff.

41) *Staudinger/Wittmann* (Fußn. 6), § 664 Rz. 1; *Erman/Seiler* (Fußn. 6), § 664 Rz. 1.

42) Vgl. *Palandt/Thomas* (Fußn. 1), § 664 Anm. 4.

43) Siehe im Text bei Fußn. 7.

raum besteht, der Geschäftsbesorger aber auf eigene Rechnung handelt, ein notwendiges Korrektiv dar.<sup>44)</sup>

### 2.4.2 Fehlender Ermessensspielraum

Ferner sollte man § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB dort *nicht* heranziehen, wo Dritte in einem Bereich tätig werden, in denen dem Geschäftsbesorger kein Ermessensspielraum zur Verfügung steht. Viele Vertragstypen enthalten Geschäftsbesorgungselemente, ohne daß das ganze Vertragsprogramm durch Ermessensspielräume gekennzeichnet wäre. Als Beispiel ist der Lagerhalter zu nennen. Die bloße Obhut über die Ware ist ebensowenig Geschäftsbesorgung wie die Obhut, zu der der Frachtführer verpflichtet ist. Der Lagerhalter macht aber häufiger als Geschäftsbesorger Aufwendungen auf die Ware, er zahlt z. B. Zölle.<sup>45)</sup> Nur in der zweiten Funktion hat er sich im Rahmen eines Ermessensspielraumes an den wahren bzw. mutmaßlichen Interessen des Geschäftsherrn zu orientieren. Nur insoweit besteht Anlaß, ihm das Haftungsprivileg des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB zukommen zu lassen.

### 3. Folgerungen für die Reichweite des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB

§ 664 Abs. 1 Satz 1 BGB sagt, daß im Zweifel die Einschaltung Dritter nicht gestattet ist, und ordnet damit zugleich an, daß bei mangelnder Gestattung nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung für jeden kausalen Schaden gehaftet wird.<sup>46)</sup> Die Quelle des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB ist sicherlich das persönliche Vertrauensverhältnis, das regelmäßig Geschäftsherrn und Geschäftsbesorger verbindet. Der Geschäftsherr muß sich im Rahmen des charakteristischen Ermessensspielraums darauf verlassen können, daß sich der Geschäftsbesorger in seine Interessen hineinsetzt und sie optimal verwirklicht. Von daher liegt es auf der Hand, daß der Geschäftsherr nicht mit einem Dritten konfrontiert werden will, den er für minder befähigt hält, seine Interessen auch ohne konkrete Weisungen optimal zu realisieren. Diese Überlegung spricht dafür, den Anwendungsbereich des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB im Unterschied zu § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Bereiche einzuschränken, in denen dem Dritten ein eigener wesentlicher Ermessensspielraum eröffnet werden soll. Man darf die Funktion des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB aber nicht so stark begrenzen. Vielmehr muß man die enge Verknüpfung des § 664 Abs. 1 Satz 1 mit Satz 2 BGB beachten. Hat der Geschäftsherr die Übertragung gestattet, so beschränkt sich die Haftung auf culpa in eligendo; fehlt es an der Gestattung, so haftet der Geschäftsbesorger voll. Da § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB auch bei Einschaltung Dritter ohne eigenen Ermessensspielraum gelten soll, muß die Funktion des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB auch darin erblickt werden, daß der Geschäftsherr vor für ihn kaum überschaubaren Insolvenzrisiken geschützt wird. Der Geschäftsherr soll Gelegenheit erhalten, sich darüber klar zu werden, ob er das Risiko der Insolvenz eines ihm regelmäßig unbekannten Dritten zu übernehmen bereit ist.<sup>47)</sup> War er dazu nicht schon bei Vertragsschluß bereit, so zwingt § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB den Geschäftsbesorger, vor Einschaltung eines Dritten Weisungen einzuholen. Der Geschäftsherr läuft dabei keine Verzögerungsgefahren, da § 665 BGB nach allgemeiner Ansicht die nötige Flexibilität schafft.<sup>48)</sup> In Eilfällen kann und muß der Geschäftsbesorger nämlich auf die Einholung einer Weisung

verzichten und nach Maßgabe der mutmaßlichen Interessen des Geschäftsherrn Dritte einschalten.

### V. Nr. 9 AGB-Banken

Gem. Nr. 9 AGB-Banken<sup>49)</sup> darf die Bank mit der Ausführung aller ihr übertragenen Geschäfte Dritte ganz oder teilweise beauftragen, wenn sie dies auch unter Abwägung der Interessen des Kunden für gerechtfertigt hält. Macht die Bank von diesem Recht Gebrauch, so soll sie nur nach Maßgabe des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB haften.

Die überwiegende Lehre hält Nr. 9 AGB-Banken wegen Verstoßes gegen das AGBG für unwirksam.<sup>50)</sup> Dieser Ansicht ist auch von dem hier eingenommenen Standpunkt aus zuzustimmen. Als unangemessen erscheint allerdings weniger die Begründung eines Haftungsprivilegs, da dieses Haftungsprivileg ersichtlich nur dort zum Tragen kommen soll, wo das dispositive Recht ohnehin ein Haftungsprivileg begründet. Insoweit läuft Nr. 9 AGB-Banken leer.<sup>51)</sup> Als unangemessen erscheint sie vielmehr unter dem Aspekt, daß die Klausel bei juristisch nicht vorgebildeten Kunden Mißverständnisse geradezu provoziert.<sup>52)</sup> Nr. 9 AGB-Banken erweckt nämlich beim ersten Lesen den Eindruck, als wäre die Haftung für Dritte in aller Regel auf sorgfältige Auswahl und Unterweisung beschränkt. Dieser Eindruck wird durch die Anordnung und Gestaltung der Nr. 25 Abs. 1 AGB-Banken bestätigt, wo im Hinblick auf Dritte eine ausgesprochene Einzelfallregelung statuiert zu sein scheint. In Wahrheit dürften die Gewichte umgekehrt gelagert sein. In der Praxis des Bankgeschäfts dürfte die überwiegende Zahl der Dritten auf eigene Rechnung der Banken tätig werden oder von den Banken nur im Rahmen eines unwesentlichen Ermessensspielraums eingeschaltet werden, so daß Nr. 25 AGB-Banken eingreift. Auch wenn man diese Bedenken zurückstellt, vermag Nr. 9 AGB-Banken nicht die Schwelle der Unangemessenheit zu überwinden. In Nr. 9 Satz 1 AGB-Banken eröffnen sich nämlich die Banken

44) Ebenso im Ergebnis *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 163 ff.

45) § 420 HGB.

46) *Staudinger/Wittmann* (Fußn. 6), § 664 Rz. 3.

47) Ebenso im Ergebnis *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 131, der primär darauf abhebt, daß der Geschäftsherr sein Vertrauen in den Geschäftsbesorger gesetzt habe und der Geschäftsbesorger selbständige Dritte nur schwer steuern könne. – Wenn kein Ermessensspielraum des Dritten besteht, gerät man mit dieser Argumentation aber leicht in einen Wertungswiderspruch zur Abwicklung normaler Werkverträge, bei denen selbständige Dritte ohne weiteres eingeschaltet werden dürfen. Vom Ansatz *v. Gablenz* aus wäre es daher folgerichtig, im Rahmen der Geschäftsbesorgung nach Ermessen des Geschäftsbesorgers eine Einschaltung selbständiger Dritter, die über keinen eigenen Ermessensspielraum verfügen, zuzulassen und für diese Dritten eine Haftung gem. §§ 664 Abs. 1 Satz 3, 278 BGB vorzusehen. Die Konsequenz wäre jedoch, daß ein Anreiz zum Ermessensmißbrauch entsteht, den § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB vermeiden soll (siehe bei Fußn. 33).

48) *Palandt/Thomas* (Fußn. 1), § 665 Anm. 3; *Soergel/Mühl* (Fußn. 7), § 665 Rz. 6 ff.

49) Nr. 9 AGB-Banken, abgedruckt bei *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 26. Aufl., S. 1005.

50) *Baumbach/Duden/Hopt* (Fußn. 49), Nr. 9 AGB-Banken Anm. 1; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Bearbeitung, 1981, Rz. 2585 f; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 4. Aufl., Anh. §§ 9–11 Rz. 159; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 1984, § 23 Rz. 631; *Staudinger/Schlosser* (Fußn. 6), § 3 AGBG Rz. 35, § 10 Nr. 3 AGBG Rz. 21; m. w. N. bei *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 6 f; anderer Ansicht *Kümpel*, WM 1977, 699; *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 197 ff.

51) *Canaris* (Fußn. 50), Rz. 2585.

52) *Staudinger/Schlosser* (Fußn. 6), § 3 AGBG Rz. 35.

das Recht, auch nach Maßgabe ihrer eigenen Interessen Dritte zu beauftragen, da die Interessen des Geschäftsherrn nicht, wie für den Geschäftsbesorgungsvertrag typisch, alleiniger Maßstab des Handelns sein sollen<sup>53)</sup>, sondern nur ein Element, das „unter anderen“ in die Abwägung eingebracht wird. Die Banken billigen sich also in Nr. 9 AGB-Banken das Recht zu, Konflikte<sup>54)</sup> zwischen eigenen Interessen und Kundenwünschen angemessen zu entscheiden. Darin liegt ein eklatanter Verstoß gegen die Leitidee der Geschäftsbesorgung.<sup>55)</sup> Selbst in Eilfällen hat der Geschäftsbesorger sich ausschließlich an den Interessen des Geschäftsherrn zu orientieren (§ 665 BGB). Diese Mißachtung der Absolutheit des Interessenwahrungsprinzips hat auf den ersten Blick nur zur Folge, daß der Geschäftsherr möglicherweise unter partieller Mißachtung seiner Interessen mit einem Dritten, dem er in minderm Maße eine Einfühlung in seine Interessen zutraut, konfrontiert wird. Die Gefährdung des Geschäftsherrn wird jedoch dadurch verstärkt, daß die Bank für den unter dem Einfluß eigener Interessen eingeschalteten Dritten nicht haftet und das Insolvenzrisiko dem Geschäftsherrn zuschiebt. Es besteht somit die Gefahr, daß dem Geschäftsherrn Insolvenzrisiken aufgebürdet werden dürfen, bei denen sich die Bank hätte sagen müssen, daß sie nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegen. Die Legitimation des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB ist mit anderen Worten in dem Moment verlorengegangen, in dem das Haftungsprivileg seine Funktion, den Einfluß eigener Interessen des Geschäftsbesorgers auszuschalten, nicht mehr zu erfüllen vermag. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob man mit *v. Gablenz*<sup>56)</sup> einen Verstoß gegen § 11 Nr. 13 AGBG oder § 10 Nr. 3 AGBG verneint. Allein die Tatsache, daß die Bank ihre eigenen Interessen einfließen lassen darf<sup>57)</sup> und gleichwohl das Haftungsprivileg für sich in Anspruch nimmt, führt zum Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG.<sup>58)</sup>

## VI. Ergebnisse

Das Haftungsprivileg des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt bei Einschaltung selbständiger Dritter auch im Rahmen entgeltlicher Geschäftsbesorgungsverträge (§ 675 BGB) zum Tragen. Das Haftungsprivileg bezieht nämlich seine innere Rechtfertigung aus der Besonderheit der unentgeltlichen und entgeltlichen Interessenwahrung: der Notwendigkeit, sich in die Interessen des Geschäftsherrn einzufühlen, dem daraus resultierenden

Ermessensspielraum und der Gefahr eines Ermessensmißbrauchs im Fall von Interessenkonflikten. Das Haftungsprivileg des Geschäftsbesorgers soll den von einer Haftung für Dritte ausgehenden Anreiz beseitigen, in erster Linie das eigene Haftungsrisiko zu minimieren und erst in zweiter Linie die Interessen des Geschäftsherrn zu verfolgen. Das Haftungsprivileg greift daher überall dort ein, wo ein erheblicher Anreiz zum Ermessensmißbrauch besteht, d. h. dort, wo der Geschäftsbesorger bei einer Haftung für selbständige Dritte gravierenden Rückgriffsrisiken ausgesetzt wäre und wo ihm in dem Bereich, in dem er den Dritten eingeschaltet hatte, ein wesentlicher Ermessensspielraum offenstand. Das Haftungsprivileg ist von der „vollen Übertragung“ der Aufgaben auf den Dritten ebenso unabhängig wie davon, ob dem Substitut ein eigener Ermessensspielraum eröffnet wurde. Der Geschäftsbesorger darf sich allerdings dann nicht auf § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen, wenn er den Dritten auf eigene Rechnung eingeschaltet hatte, weil ein Haftungsprivileg dann den Anreiz, die Interessen des Geschäftsherrn zu optimieren und eigene Interessen zurückzustellen, nicht bestärkt, sondern eher abschwächt.

Nr. 9 AGB-Banken verstößt gegen die § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB zugrundeliegende Leitidee, einen Anreiz zur völlig fremdnützigen Interessenwahrung zu geben, da es den Banken erlaubt sein soll, Substituten auch zur Wahrung eigener Interessen zu beauftragen.

53) *Canaris* (Fußn. 50), Rz. 2586; *Wolf/Horn/Lindacher* (Fußn. 50), § 23 Rz. 631; *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fußn. 50), Anh. §§ 9–11 Rz. 159. Vgl. ferner bei Fußn. 27; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 1), § 11 Nr. 7 AGBG Anm. 7b.

54) Widersprüchlich *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 203, wenn er einerseits davon spricht, daß den Interessen der Kunden stets der Vorrang einzuräumen sei, und andererseits sagt, daß die Banken bei der Berücksichtigung der konfligierenden Interessen sehr zurückhaltend sein müßten.

55) Siehe bei Fußn. 28.

56) *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 193 ff.

57) Der Versuch *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 203, die AGB-Klausel damit zu retten, daß die Bank bei der Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen sehr zurückhaltend sein muß, ändert nichts daran, daß die Bank damit aus der Rolle des Geschäftsbesorgers austritt. Ebenso *Schlenke*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken und das AGB-Gesetz, 1984, S. 36 ff.

58) Anderer Ansicht *v. Gablenz* (Fußn. 7), S. 203; *Rehbein*, DB 1977, 1350; *Lewowsky*, Die Bank 1978, 129; *Kümpel*, WM 1977, 699; vgl. auch *Graf v. Westphalen*, WM 1984, 2, 7 f.